Der Einfluß der auflösenden Bedingung auf die Fälligkeit der Maklerprovision nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches

Inauguraldissertation

zur
Erlangung der
Juristischen Doktorwürde
vorgelegt der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität
zu Breslau
von

Richard Gehrke
Gerichtsreferendar

1930

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Oblau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1	Einleitung.	9
§ 2	Das Wesen des Maklervertrages.	9
§ 3	Die bedingte Willenserklärung.	12
§ 4	Die rechtliche Natur des auflösend bedingten Rechtsgeschäftes.	13
§ 5	Auflösend bedingtes Rechtsgeschäft und Maklerprovision.	17
§ 6	Die Maklerprovision beim auflösend bedingten Grundstückkauf:	
	a) bei vollständiger notarieller Beurkundung des Vertrages, ...	26
	b) bei fehlender Beurkundung der auflösenden Bedingung.	30

Literaturverzeichnis.

Adickes: Zur Lehre von den Bedingungen. 1876.
André: Einfache, zusammengesetzte verbundene Rechtsgeschäfte. 1913.
Bett: Formfragen bei Grundstücksveräußerungen. 1911.
Bruck: Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, In: Studien zur Erl. des bürgerl. Rechts von Leonhard, Heft 13, 1904.
Crome: System des bürgerlichen Rechts. 1902.
Czylharz: Zur Lehre von der Resolutivbedingung. 1871.
Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1897.
do.: In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 54, S. 1 ff.
Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. 1902.
Dörr: In: Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 1905. S. 620.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1888.
do.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1923.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 1918.
Fitting: Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 39, S. 305 ff.
Grouven: Die Wirkung der Resolutivbedingung bei Begründung dinglicher Rechte. (Diss. 1898.)
Gutbrod: Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag. 1904.
Heymann: Der Handelsmakler, im Handbuch des gesamten Handelsrechts von Ehrenberg. Bd. 5, Abschn. 2. 1926.
Jacusiel: Das Recht des Agenten und des Maklers. Heft 2, 2. Aufl.
Kempas: Der rechtliche Einfluß von Bedingungen auf die Fälligkeit des Makleranspruchs nach B.G.B. (Diss.) 1924. Kiel.
Kisch: In Grünhuts Zeitschrift, Bd. 29, S. 359.
Lothmar: Der Arbeitsvertrag. 1902.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1899.

Meyer: Der Maklervertrag. Diss. Heidelberg. 1918.
Mehrens: Die Provisionsabrede des Grundstücksmaklers bei formell ungültigen Verträgen. Diss. Breslau 1910.
Neumann: Handbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1913.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Ausgabe 1907 und 1914.
Reichel: Die Maklerprovision. 1913.
Riesenfeld: Der Makler. In: Gruchots Beiträgen zur Erläuternug des deutschen Rechts. Bd. 37.
Röhl: Der Provisionsanspruch des Maklers. Diss. Göttingen 1926.
Rospatt: Der Makler. In: Gruchots Beiträgen. Bd. 45, S. 546 ff.
Reichsgerichtsräte: Kommentar 1923.
Schulin: Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine. 1875.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 1926.
Staub: Exkurs zu § 93 Handelsgesetzbuch 1924.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1908.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1923.
Wieprecht: Die Provisionsabrede des Grundstücksmaklers bei formell ungültigen Verträgen. Diss. Breslau 1910.
Wilcek: Mündliche Nebenabreden bei Grundstücksveräußerungen. Diss. Breslau 1912.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts., Bd. 1. 1906.
Wollstädt: Die auflösende Bedingung. Diss. 1908.
Woltersdorf: Die rechtliche Natur des Maklervertrages. Diss. 1908.
Zeiler: In: Gruchots Beiträgen, Bd. 52, S. 224 ff.

Verzeichnis der Abkürzungen.

Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts, herausgegeben von Bolze.
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Gruch. Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts begründet von Gruchot.
Jhering = Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
O.L.G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgeben von Mugdan und Falkmann.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Seuff. = Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warn. Respr. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband die Rechtsprechung des Reichsgerichts enthaltend.

---

§ 1

Einleitung.

Das Recht des Maklers hat trotz der großen Bedeutung, die der Makler im Wirtschaftsleben einnimmt, eine erschöpfende Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gefunden. Eine ganze Reihe von Streitfragen sind im Gesetz ungelöst geblieben und zum Teil absichtlich vom Gesetzgeber offengelassen worden.[1] Der Grund mag darin liegen, daß angesichts der Mannigfaltigkeit und Vielgestaltigkeit der Fälle, in denen gerade der Makler tätig wird, sich in der knappen Formulierung eines Paragraphen nur schwer eine allgemeine gültige Lösung finden lassen wird, die in Hinblick auf die Interessenlage beider Parteien als billig und gerecht bezeichnet werden kann. Demgemäß kann es nicht verwundern, wenn sich auch eine ausdrückliche Entscheidung der Frage, ob bei Zustandekommen eines auflösend bedingten Vertrages die Maklerprovision verdient ist, im Gesetze nicht findet. Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es danach sein, nach den allgemeinen das bürgerliche Recht beherrschenden Grundsätzen und unter besonderer Berücksichtigung des Wesens des Maklergeschäfts und der rechtlichen Natur der auflösenden Bedingung eine Entscheidung dieser Frage zu finden.

§ 2

Das Wesen des Maklervertrages.

Der Maklervertrag ist in den §§ 652—656 BGB. behandelt. Wesentlich ist für ihn gemäß § 652 1. Halbsatz BGB. einmal nur die Beauftragung mit der Vermittlung eines Geschäftes und dann das Versprechen eines Lohnes für diese Vermittlung. Im übrigen jedoch findet der Maklervertrag eine verschiedene rechtliche Beurteilung. Dazu ist zu sagen, daß er ein Vertrag eigener

1) Vgl. Motive II, Seite 510/511.

Art ist; dies ergibt sich aus dem systematischen Aufbau des Gesetzes, das ihn im besonderen Titel Dienstvertrag und Werkvertrag nebenordnet. Zwar ist er wie diesen beiden ein Arbeitsvertrag, insofern „der Nachweis einer Gelegenheit oder die Vermittlung eines Vertrages ihrem Inhalt und Ausdruck nach Arbeit sind."[1] Jedoch unterscheidet er sich im wesentlichen von ihnen. Anders wie beim Dienstvertrag ist hier der Lohn abhängig von dem Eintritte des Erfolges, es sei denn, daß die besondere Parteiabrede von dem als schuldrechtlicher Norm dispositiven § 652 BGB. abweicht; und anders wie beim Werkvertrag ist die Vollendung eben dieses Erfolges nicht vom Beauftragten, sondern vom Auftraggeber abhängig und in dessen Willkür gestellt. Der Makler hat diesen Erfolg nur in gewisser Weise vorzubereiten.

Bestritten ist, ob der Makler zu dieser Tätigkeit überhaupt verpflichtet ist, oder ob diese nur als eine Bedingung anzusehen ist, deren Herbeiführung in das freie Belieben des Maklers gestellt ist. Die rechtliche Konstruktion des § 652 BGB. spricht dafür, eine Verpflichtung des Maklers zum Tätigwerden nicht anzunehmen. Dies ergibt sich besonders auch aus einem Vergleiche des § 652 BGB. mit dem Wortlaute der §§ 611 und 631 BGB., wo das Gesetz ausdrücklich beide Parteien für verpflichtet erklärt. Für eine solche Annahme spricht auch der Umstand, daß sich mangels Bestimmbarkeit der Maklertätigkeit eine praktische Durchführung einer dahingehenden Klage gemäß § 253 Z.P.O. schlecht denken läßt. Möglich freilich ist, daß auch von den Parteien ein anderes gewollt ist; so wird es immer auf die besonderen Umständen des Einzelfalles ankommen, ob das eine oder andere zutreffend ist. Eben aus diesem Gedankengange heraus haben die Motive[2] eine die Verpflichtung des Maklers betreffende Bestimmung des sächsischen Gesetzbuches nicht mit übernommen, sie haben ausdrücklich die Entscheidung über diese Frage dem im Einzelfalle nach allgemeinen Grundsätzen festzustellenden Willen der Parteien überlassen, und dementsprechend findet sich eine Regelung dieser Frage im Gesetze ausdrücklich nicht. Wie dem auch sei, immer ist doch die Tätigkeit des Maklers eine zu Folge positiver Gesetzesvorschrift notwendige Voraussetzung für das Entstehen des Makleranspruchs.

1) Vgl. Lothmar a.a.O. Seite 283.
2) Vgl. Motive II, Seite 510/511.

Eine zweite Voraussetzung hierfür ist das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages. Wann ein solcher als zustandegekommen zu gelten hat, bestimmt sich bezüglich der Bindung der Parteien an diesen nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 f. BGB. In den Worten des Gesetzes aber, „nur wenn der Vertrag zustande kommt", liegt jedoch noch der Hinweis auf den Zweck des Maklergeschäftes. Zweck und Ziel jeder Maklertätigkeit ist nun eine wirtschaftliche Vermögensverschiebung. Erst wenn diese erreicht ist, die Arbeit des Maklers also auch einen Erfolg zuwege gebracht hat, erscheint auch nach allgemeinen Anschauungen ein Lohn begründet und gerechtfertigt. Weil jedoch die endgültige Abwicklung eines Geschäfts bis in die letzten Einzelheiten sich über eine längere Zeit zu erstrekken pflegt, und auf diese der Makler einen entscheidenden Einfluß gewöhnlich nicht nehmen kann, so erscheint es unbillig, das Rechtsverhältnis zwischen dem Makler und Auftraggeber so lange in der Schwebe zu halten. Zugleich gäbe ein solcher Zustand Anlaß zu Streitigkeiten, weil es dann immer höchst ungewiß bliebe, in welchem Augenblicke der Makler eigentlich seinen Lohn verdient hat. In Interesse einer klaren Gestaltung der Rechtslage hat das Gesetz daher mit Recht einen früheren genauen Zeitpunkt für das Entstehen des Makleranspruchs bestimmt, und zwar das Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrages. Gerechtfertigt wird dies jedoch nur dadurch, daß die rechtlich betrachtet notwendige Folge des Vertragschlußes immer auch die Abwicklung des Geschäftes, also der Eintritt der geplanten Vermögensverschiebung ist. Diese Folge ist eine notwendige jedoch nur dann, wenn der geschlossene Vertrag formell und inhaltlich geeignet ist, den vom Auftraggeber geplanten Zweck herbeizuführen. Nur ein in diesem Sinne tauglicher Vertrag kann demnach dem im § 652 geforderten genügen. Dabei ist davon auszugehen, daß ein in jeder Beziehung wirksamer und die Parteien endgültig bindender Vertrag immer in diesem Sinne geeignet erscheint. Dies gilt grundsätzlich, jedoch sind auch Fälle denkbar, wo dem Auftraggeber vermöge besonderer Rechtslage mit einem Weniger gedient ist, wenn eben nur trotzdem der Vertrag ein taugliches Mittel zu dem vom Auftraggeber erstrebten Zwecke ist. In einem solchen Falle ist der Vertrag im Sinne von § 652 BGB. auch genügend, denn mehr als diese Eignung ist nicht zu fordern.

Demnach ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Zufügung einer auflösenden Bedingung generell dem Vertrage die Eignung nimmt, den Makleranspruch zu begründen.

§ 3

Die bedingte Willenserklärung.

Die Bedingung, insbesondere eine auflösende, ist geeignet, die Wirksamkeit und die Endgültigkeit des von ihr bedingten Vertrages erheblich zu mindern. Denn bedingt ist bei einer Bedingung im Sinne von § 158 BGB. nicht das Wollen. Denn das würde bedeuten, daß das Vorhandensein des Willens selbst von dem Eintritte eines ungewissen Ereignisses abhängig sein soll. Das heißt nur, wenn die Bedingung eintritt, würde ein Wollen vorliegen, andernfalls nicht. Fitting[1] freilich vertritt eine solche Auffassung und sieht bei einer bedingten Willenserklärung immer nur den Willen als bedingt an. Einer solchen Annahme kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn das Wollen, dieser innere Seelenvorgang, ist eine Tatsache, die in der Gegenwart liegt, und das Vorhandensein einer gegenwärtigen Tatsache kann nie von etwas Zukünftigen abhängig sein.[2] Die Tatsache nämlich, ob ich will oder nicht will, steht jetzt fest. Daher kann der Unterschied zwischen bedingter und unbedingter Willenserklärung nicht darin liegen, daß hier der Wille fest vorhanden, dort noch in der Ungewissheit ist, sondern in dem Inhalte des Wollens und demzufolge in seiner Wirkung. Die eine erzeugt endgültige Wirkungen, die andere nur bedingte. Und der Unterschied wieder zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung kann danach nur in der verschiedenen Gestaltung der Wirkungen des Rechtsgeschäfts bestehen. Hier ist der Eintritt, dort der Fortbestand der Wirkung bedingt. Eine andere Annahme ist auch in Hinblick auf die §§ 160/161 BGB. nicht möglich, denn diese Vorschriften sind nur verständlich, wenn eine Gebundenheit d. h. ein fester rechtserheblicher Wille schon vor Eintritt der Bedingung als gegenwärtig zur Zeit der Abgabe der Erklärung vorausgesetzt wird. Diese Gebundenheit ergibt sich jedenfalls notwendig aus dem Schutze, den eine aufschiebend wie auflösend bedingte Berechtigung in den §§ 160/161 genießt.

1) Vgl. Fitting, Archiv f. ziv. Pr. Band 39, Seite 332.
2) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft a.a.O., Seite 177, 188.

Einer solchen Berechtigung entspricht aber auch notwendig eine entsprechende Verpflichtung. Die Bedingung läßt nunmehr begrifflich bestimmen als eine durch Parteiwille zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts erhobene Bestimmung, wonach dessen Rechtswirkungen von dem Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses abhängig gemacht sind.

§ 4
Die rechtliche Natur des auflösend bedingten Rechtsgeschäftes.

Eine solche Bedingung ist nun einem Rechtsgeschäfte begrifflich nicht wesentlich, etwas anderes gilt im konkreten Fall, in dem sie einem bestimmten Rechtsgeschäfte von den Parteien ausdrücklich hinzugefügt ist. Denn bedeutet diese Hinzufügung eben die Abhängigkeit der Wirkungen des Rechtsgeschäfts von einem ungewissen Ereignis, so ist dies gewiß wesentlich und die Ungewißheit und Unbestimmtheit der Wirkungen ergreift notwendig auch das ganze Rechtsgeschäft. Denn Wirkung und Inhalt eines Rechtsgeschäfts bedingen sich gegenseitig; weil die ersten sich aus dem zweiten erst ergeben, so kann eine ungewisse Wirkung auch nur aus einem dieser entsprechenden Rechtsgeschäfte hervorgegangen sein. Jedenfalls läßt sich das eine vom anderen nicht trennen, und für sich allein betrachten und werten.[1] Vielmehr ist ein bedingtes Rechtsgeschäft ein einheitliches, und darum ein von vornherein nicht ganz voll wirksames und endgültiges.

Dies zeigt sich bei einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte besonders deutlich. Hier ergibt sich schon aus der Ausdrucksweise, daß überhaupt nur eine einzige Willenserklärung vorliegt, denn sage ich z. B. „ich kaufe das Haus für den Fall, daß die Behörde die Schankkonzession erteilt", so ist eine Willensäußerung des Erklärenden nur in dem Hauptsatze zu erblicken. Der Nebensatz enthält nur den Hinweis, auf einen außerhalb der Macht und somit außerhalb des Wollens des Erklärenden liegenden Umstand. Bezüglich des Eintritts oder Nichteintritts dieses Umstandes besitzt der Erklärende einen rechtlich erheblichen Willen garnicht und kann einen solchen somit auch nicht äußern. Der diesen Umstand enthaltende Nebensatz ist durch den Willen des Erklärenden nur

1) Vgl. bes. Staudinger a.a.O. § 158 u. § 652 BGB.

in Beziehung zum Hauptsatz gebracht und schränkt diesen ein. Eben nur dieser enthält danach eine Willensäußerung und es ist bei der aufschiebenden Bedingung somit nichts vorhanden, was sich trennen läßt.

Etwas anderes scheint bei der Resolutivbedingung zunächst der Fall zu sein. Ein unter dieser Bedinguung stehendes Rechtsgeschäft läßt sich in einem eine einzige Willenserklärung enthaltenden Satze nicht zum Ausdruck bringen. Denn erkläre ich z B. „ich kaufe das Haus, aber der Kauf soll hinfällig sein, wenn die Konzession versagt wird", so gebe ich einmal eine unbedingte Willenäußerung ab und dann eine zweite aufschiebend bedingte, der zufolge ich den Kauf im Falle des Eintritts der Bedingung wieder aufgehoben wissen will. Zu einer gleichen Folgerung führt eine Untersuchung des Begriffes der Willenserklärung.

Denn läßt sich diese bestimmen als eine auf die Hervorbringung eines Rechtserfolges gerichtete Privatwillensäußerung, so sind bei einem auflösend bedingten Rechtsgeschäfte in Wahrheit immer zwei solche Willensäußerungen vorhanden. Denn wenn ich erkläre, daß ein Rechtserfolg wieder hinfällig sein soll, dessen Existenz noch garnicht begründet ist, so gehört nach der oben gegebenen Begriffsbestimmung der Willenserklärung zu dieser Begründung zunächst eine Willensäußerung und danach zwecks Wiederaufhebung des eben begründeten Rechtserfolges eine zweite bedingte. Diese ist aber begrifflich, wenn auch nur eine bedingte, so doch eine Negation der ersten Willensäußerung. Darum aber müssen hier notwendig immer zwei Willensäußerungen vorliegen, gleichgültig, ob rein grammatisch ein solcher „auflösend bedingter" Wille in zwei selbständigen Hauptsätzen oder in einem Satze zum Ausdruck gekommen ist. Denn es kann unmöglich in einer Willensäußerung allein zugleich die Begründung und Vernichtung ein und derselben Wirkung enthalten sein. Denn das würde einen Widerspruch in sich selbst und somit ein rechtliches nullum bedeuten. Insoweit ist also der im gemeinen Recht herrschenden Ansicht beizutreten'[2] Die gleiche Ansicht vertreten für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches Enneccerus[3] und Dernburg.[4]

2) Vgl. bes. Schulien, Adickes, Czylharz a.a.O.
3) Vgl. Enneccerus § 181 III/Anm. 10, Seite 501/502.
4) § 150 II, Seite 449.

Bedenken sind jedoch hinsichtlich der von der gemeinrechtlichen Literatur gezogenen Konsequenzen zu erheben. Nach dieser wird die Willensäußerung, die den Eintritt, und die, die den bedingten Wegfall der Wirkung ausspricht, je einen selbständigen Rechtsgeschäfte, einem unbedingten und einem aufschiebend bedingten gleichgeachtet. Auch Oertmann[5] vertritt für das heutige Recht die gleiche Ansicht. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden.

Daß generell eine Mehrheit von einzelnen Willensäußerungen zugleich immer auch eine Mehrheit von Rechtsgeschäften bedeutet, ist auch bei den mehr formalen Verträgen des gemeinen Rechts nicht behauptet. Bei der auflösenden Bedingung aber ergibt sich heute aus dem Wesen des Rechtsgeschäfts und insbesondere aus der Regelung, die die auflösende Bedingung im § 158 BGB. gefunden hat, das Gegenteil.

Das einem Rechtsgeschäfte eigentümliche Merkmal ist seine Wirkung d. h. die Herbeiführung einer Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses. Diese tritt darum ein, weil sie gewollt ist und erklärt ist. Das Gesetz setzt also als Ursprung jeden Rechtserfolges den erklärten Willen, in dem es grundsätzlich diesem die dazu erforderliche gesetzliche Sanktion erteilt, sofern nicht gerade der erklärte Wille im einzelnen Falle unsittlich erscheint, oder gegen ausdrückliches gesetzliches Verbot verstößt. Doch kommt dies hier nicht in Betracht. Voraussetzung und Essentiale eines jeden Rechtsgeschäfts ist also eine Willensäußerung, doch sind beide nicht identisch. Denn einmal sind für das gültige Vorliegen eines Rechtsgeschäfts noch andere Umstände wesentlich, so z. B. Beachtung der vorgeschriebenen Form, Mitwirkung einer Behörde. Sodann kann sich der Wille der Parteien regelmäßig nicht in einer einzigen Willensäußerung erschöpfen, dies schon darum, weil anders wie bei einer geschlossenen Zahl bestimmter Formalkontrakte, heute bei der dispositiven Natur des Schuldrechts die verschiedensten Rechtswirkungen in einem Rechtsgeschäfte erreicht werden können, und tatsächlich auch bezweckt werden. Ist also der Wille maßgebend für den Bestand und die Wirkung des Rechtsgeschäfts, so liegt auch darin inbegriffen, daß er es auch für den Umfang und die Bedeutung der einzelnen Willensäußerungen im Verhältnis zuein-

5) Oertmann § 652, Seite 675.

ander ist. Denn jede Bedingung, auch die auflösende, läßt ja vermöge der ihr innewohnenden Ungewissheit die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in der Schwebe. Haben aber die Parteien die Abhängigkeit des Geschäfts von einem solchen ungewissen, sich in der Zukunft offenbarenden Ereignis ausdrücklich vereinbart, so bedeutet das eben, daß sie von vornherein einen Willen, ein in jeder Hinsicht rechtgültiges Rechtsgeschäft zu schließen, nicht gehabt haben. Vielmehr gibt, positiv ausgedrückt, eine solche bedingte Willenserklärung einen besonders geeigenschafteten Willen kund,[6] und dieser ist nie geeignet, eine unbedingte Willenserklärung hervorzubringen, eben weil ihm eine dahingehende Richtung und Bestimmung nicht innewohnt. Eine Trennung des die Bedingung enthaltenden Teils des Rechtsgeschäftes wäre demnach nicht durchführbar, ohne daß nicht nur sein Inhalt unvollständig werden würde, sondern auch ein ganz neues, rechtlich anders zu qualifizierendes Rechtsgeschäft geschaffen würde. Ein solches willkürliches Auseinanderreißen der einzelnen wesentlichen Teile eines Rechtsgeschäfts ist demnach unzulässig. Vielmehr haben wir es mit einem einheitlichen, aber darum von vornherein hinsichtlich seiner Wirkung ungewissen und nicht voll wirksamen Geschäfte zu tun.

Nur als eine notwendige Folge erscheint dann der Satz des § 158, II BGB., daß mit Bedingungseintritt der früheren Rechtszustand wieder eintritt. Denn der bei einer bedingten Willenserklärung besonders geartete Wille will eben Geltung beanspruchen nur bei Nichteintritt der Bedingung, und nur solange dies der Fall ist, Wirkung erzeugen. Mit Eintritt der Bedingung verliert demnach ein dergestalt erklärter Wille, also der eine Rechtsfolge und ihren Bestand erst beschaffende Beweggrund seine schöpferische Kraft, die Wirkung, der Vertrag erlischt selbsttätig, ohne daß es noch einer besonderen Tätigkeit der Parteien bedarf. Wenn das Gesetz daher sagt, daß der frühere Rechtszustand wieder eintritt, so bedeutet das nur eine erneute Anerkennung des Willens als rechtsgestaltenden Faktoren, und zugleich auch eine solche der Einheitlichkeit des bedingten Rechtsgeschäfts.

6) Vgl. insbesondere Windscheid a.a.O., § 86, Seite 452, 3 a.

§ 5
Auflösend bedingtes Rechtsgeschäft und Maklerprovision.

Es kann daher fraglich erscheinen, ob ein auflösend bedingter Vertrag als ein hinreichend taugliches Mittel zu der vom Auftraggeber erstrebten Zweckerreichung angesehen werden kann, und darum fraglich, ob er den Makleranspruch zum Entstehen bringt. Jedoch treten gemäß § 158 Abs. II die Wirkungen des Rechtsgeschäfts voll ein. Es gilt dies zwar nur zwischen den Parteien, aber es war ja auch nur zwischen diesen eine derartige Vermögensverschiebung beabsichtigt. Diese war Zweck und Ziel der Maklertätigkeit. Da der vom Makler vermittelte Vertrag diese Wirkung zufolge § 158 Abs. II BGB. zunächst herbeiführt, erscheint mit dem Abschlusse eines solchen Vertrages auch der rechtliche Grund für das Entstehen des Makleranspruches zunächst gegeben. Mit diesem Hinweis auf den Eintritt der Wirkung wird auch in Literatur und Rechtsprechung das Zustandekommen eines auflösend bedingten Vertrages einhellig zunächst als genügend zum Entstehen des Makleranspruchs bezeichnet. Strittig ist nur, ob der Anspruch als ein endgültiger entsteht oder ob er mit Bedingungseintritt wieder erlischt, bzw. falls er schon erfüllt war, das Geleistete dann aus ungerechtfertigter Bereicherung wieder zurückgefordert werden kann.

Stellt man es aber bei Begründung des Anspruchs auf die Wirkungen ab, behauptet, der auflösend bedingte Vertrag sei erst zufolge des sich aus § 158 Abs. II BGB. ergebenden Eintritts der Wirkungen im Sinne von § 652 BGB. genügend, so kann eine noch in der Schwebe befindliche Wirkung auch nur einen Rechtsgrund für einen entsprechenden Anspruch abgeben.[1] Es erscheint jedenfalls nicht logisch, zwecks Begründung des Anspruchs den Eintritt der Wirkung als Grund anzuführen, dabei aber zu vergessen, daß diese keine endgültige ist, und dann plötzlich die Wirkung für unbeachtlich zu erklären, indem man ihr Erlöschen jetzt bezüglich der Dauer und Endigung des Makleranspruchs nicht berücksichtigt. Vielmehr ist es nur folgerichtig, anzunehmen, daß in gleicher Weise wie mit Eintritt der Bedingung die Wirkung, so auch der Anspruch erlischt.

1) Vgl. bes. Rospatt a.a.O. Seite 553,4; OLG. Band 14, Seite 28/29.

Zeigt sich dagegen im einzelnen Fall, daß trotz Bedingungseintritt die Wirkung des Geschäfts vermöge besonderer Rechtslage aufrecht erhalten bleibt, so ist damit ein Grund, den Anspruch wieder zu versagen, nicht gegeben. Andernfalls jedoch unterliegt eine zwecks Erfüllung des Anspruchs bewirkte Leistung der Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, es ist die condictio ob causam finitam gegeben. Diese Auffassung wird besonders von Soergel, Matthias, Neumann, und Fischer-Henle sowie Jacusiel vertreten.[2] Eine entgegengesetzte Meinung wird vertreten von Oertmann, Crome, Staub und findet sich auch in dem Kommentar der Reichsgerichtsräte.[3] Die erstere Ansicht vertraten ursprünglich auch Planck und Staudinger, die freilich neuerdings sich zweifelnd ausdrücken.[4]

Den hier angeführten Beweisgründen ist ihre große Bedeutung nicht abzusprechen, ihnen ist auch im einzelnen Falle Rechnung zu tragen; zu einer grundsätzlichen Entscheidung können sie jedoch nicht verhelfen. Es ist nun im einzelnen auf diese einzugehen.

Oertmann verneint eine Rückforderung darum, weil zunächst ein endgültiger, unbedingter Vertrag zustande gekommen sei, diese Tatsache aber durch einen neuen bedingten Nebenvertrag nicht aus der Welt geschafft werden könne. Mit dem Abschluß des ersten endgültigen Vertrages sei aber der Maklerlohn auch endgültig verdient.

Dieses Argument kann jedoch gegenüber der oben vertretenen Auffassung von der Einheitlichkeit eines auflösend bedingten Rechtsgeschäftes nicht durchgreifen. Denn die Voraussetzung der Schlußforderung Oertmanns, zwei voneinander zu trennende selbständige Geschäfte, können nicht anerkannt werden. Vielmehr liegt ein einheitliches, darum nicht vollwirksames Geschäft vor.

Wenn Oertmann weiter und mit ihm auch das Kammergericht[5] in einem Falle aus der Regelung, die die aufschiebende Bedingung in § 652, Abs.I., Satz 2 gefunden hat, die Schlußfolgerung ziehen will, daß bei einem resolutiv bedingten Vertrage per argumentum e contrario der Maklerlohn immer endgültig verdient sei, so kann das aus doppelten Gründen nicht

2) Staudinger a.a.O. Seite 1007 3 b; Soergel, Seite 839, Matthias, Seite 534; Neumann, Seite 413, Jacusiel, Seite 59, Fischer-Henle zu § 652.
3) Oertmann zu § 652, Crome, Seite 712; Staub, Exkurs vor § 93, Anm. 30; RGRK. zu § 652.
4) Planck vgl. zu § 652, Ausg. 1907 u. 1914; Staudinger a.a.O. Seite 1007.
5) OLG. Band 22, Seite 320, Nr. II.

zugegeben werden. Denn einmal ist eine derartige Schlußfolgerung bei einer Dispositivnorm nicht zwingend und dann nicht besonders schlüssig,[6] wenn die Motive diese Frage ausdrücklich dahingestellt sein lassen.[7] Selbst wenn man aber auch einen Schluß per argumentum e contrario anwenden wollte, so würde dieser zu einem Ergebnis wie dem Oertmanns nie führen können. Denn sagt das Gesetz in § 652, Abs. I, Satz 2, der Makleranspruch wäre erst mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung fällig, so entspricht das nur der Wirkung, die ein ausschiebend bedingtes Rechtsgeschäft zu erzeugen im Stande ist. Hinsichtlich der Wirkungen unterscheiden sich aber nur beide Bedingungen. Es kann danach ein argumentum e contrario aus § 652 Abs. I Satz 2 für die auflösende Bedingung nur ergeben, daß hier der Lohn schon vor Eintritt der Bedingung, mit Vertragsschluß fällig ist, nicht aber kann dieser Schluß über die Endgültigkeit des Anspruchs etwas besagen, und darüber, ob der Anspruch wieder hinfällig wird. Das erstere hat sich aber bereits aus dem Wesen des auflösend bedingten Vertrages ergeben, und es bedurfte dazu nicht eines gekünstelten und nicht zwingenden Schlusses.

Außerdem wird in den meisten Fällen der Eintritt der auflösenden Bedingung nur innerhalb einer kurzen Frist möglich sein. Nur selten werden die Parteien aus eigenem Interesse eine so unklare, in der Schwebe befindliche Rechtslage, wie bei der auflösenden Bedingung auf längere Zeit schaffen. Vielmehr wird in der Regel, also bei einer kurzen Befristung die Wahl einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oft nur auf Zufälligkeiten beruhen.[8] In einem solchen Falle kann aber nur die Zeit bis Bedingungseintritt bei einem Vergleich beider Bedingungen verglichen werden, da nach Bedingungseintritt beide Geschäfte gleich wirksam oder hinfällig sind. Ist die Zeit vor Bedingungseintritt aber nur eine kurze, so können sich während dieser die beim auflösend bedingten Geschäft sofort eingetretenen Rechtsfolgen kaum nennenswert auswirken, ehe sie vielleicht schon wieder wegfallen. Dann aber wird die Wahl der einen oder anderen Bedingung eine tiefgehende praktische Bedeutung unter Umständen nicht haben; hier ließe sich daher sogar eine gleiche

6) RG. in LZ. 1918, Seite 461, 9.
7) Vgl. Motive II, Seite 513.
8) Planck a.a.O. zu § 652.

Entscheidung wie bei der aufschiebenden Bedingung bezüglich des Maklers nach Treu und Glauben von vornherein endgültig für ein argumentum e contrario mit einem Ergebnis wie dem Oertmanns.

Kempas[10] begründet die Verneinung eines Erlöschens des Anspruchs in Analogie zum Rücktrittsrecht. Doch einmal ist auch beim Rücktrittsrecht der Bestand des Anspruchs höchst bestritten, sodann verträgt die auflösende Bedingung eine dem Rücktrittsvorbehalt analoge Behandlung nicht. Zwar haben beide ihren Ursprung in dem geschlossenen Vertrage; doch ist es ein anderes, ob die Parteien in freier Willkür eine Vermögensverschiebung wieder rückgängig machen; hier ist unter Umständen der Maklerlohn mit Rücksicht auf die Mühewaltung des Maklerlohnes rechtfertigen.[9] Keinesfalls ist hier aber Platz verdient. Und ein anderes ist es, ob das Geschäft von Anfang an unter zwingender Ungewißheit gestanden hat, und ob in ebenso zwingender Weise seine Wirkungen wieder vernichtet werden. Eine Analogie zum Rücktrittsrecht ist danach nicht zulässig.

Vielmehr scheint zu der Behandlung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts eine Analogie geboten. Ebenso wie ein anfechtbares Rechtsgeschäft zunächst seine volle Wirksamkeit entfaltet und der Lohn verdient ist, so trifft dieses auch beim auflösend bedingten Geschäfte zu. Und wie nach erfolgter Anfechtung das Rechtsgeschäft hinfällig, der Lohn condizierbar wird, — dies ist wenigstens einhellige Meinung von Wissenschaft und Rechtssprechung — so wird das auflösend bedingte Geschäft mit Bedingungseintritt auch hinfällig und dann erscheint der Lohn somit gleichfalls condicierbar. In einer Beziehung jedoch ist hier einer analogen Betrachtungsweise eine Grenze gesetzt. Anders als die Anfechtung wirkt der Eintritt der auflösenden Bedingung gemäß § 159 B.G.B. grundsätzlich nicht zurück. In den Fällen, wo dieser Unterschied praktisch wird, kann in analoger Rechtsanwendung jedenfalls nicht eine die Rückforderung bejahende Entscheidung gerechtfertigt werden.

Wenn Riesenfeld[11] ein Erlöschen des Anspruches nicht zugibt, und sagt, der Vertrag sei ja zustandegekommen, für den

9) Reichel a.a.O. Seite 53, II.
10) Kempas a.a.O. Seite 26/27.
11) Riesenfeld a.a.O. S. 544.

Bestand der Wirkung, für den ökonomischen Erfolg habe aber der Makler nicht aufzukommen, so ist dies letzte für sich allein betrachtet zwar so weit richtig, als die Frage der Erfüllung des Geschäftes an sich ohne Einfluß auf den Makleranspruch ist. Uebersehen ist dabei aber, daß hier die Ungewißheit und der Wegfall der Wirkung ihren Ursprung von Anfang an in dem Vertrage selbst hat, und daß ein solcher an sich grundsätzlich wenigstens nicht hinreichend im Sinne von § 652 B.G.B. ist.

Eine andere grundsätzliche Auffassung wird auch im Kommentar der Reichsgerichtsräte vertreten, und zwar mit der Begründung, daß der Maklervertrag als erloschen anzusehen ist, weil der zu vermittelnde Vertrag als ein zunächst wirksamer zustandegekommen, der Lohn aber mit Abschluß dieses Vertrages verdient sei; dieser einmal erfolgte Vertragsschluß sei und könne auch nicht wegfallen. Darum sei auch der rechtliche Grund für den Makleranspruch nicht erloschen. Unter Bezugnahme auf diese Ansicht entscheidet das Oberlandesgericht Hamburg[12] in einem Falle auch im gleichen Sinne. Allerdings macht es eine Einschränkung dann, wenn der Makleranspruch unter der gleichen auflösenden Bedingung stehen soll wie der vermittelte Vertrag. Daß dieses aber im Prinzip zufolge der Natur der Bedingung der Fall ist, ergibt sich aus dem Wesen des Maklergeschäftes.

Denn wenn auch nach dem Kommentar der Reichsgerichtsräte an gleicher Stelle das Entstehen des Anspruches mit der zunächst eintretenden Wirksamkeit des Geschäftes begründet wird, so bedeutet es auch nach dieser Stelle, daß der Vertragsschluß nicht allein, sondern erst durch den Inhalt, den er zufolge § 158 B.G.B. erhält, den Lohn rechtfertigt. Die Anwendung dieser Vorschrift kann aber nicht eine teilweise, sondern nur eine vollständige sein. Diese ergibt aber nur eine ungewisse Wirkung, also einen jetzt bestehenden, aber in der Schwebe befindlichen Rechtsgrund und bedeutet daher seine Hinfälligkeit im gegebenen Falle. Tritt diese nun mit Bedingungseintritt ein, so hindert das Erlöschen des Maklervertrages nicht die Rückforderung des auf Grund dieses Vertrages Geleisteten. Denn gerade in diesen Fällen erscheint die condictio ob causam finitam gegeben. Außerdem kann diese

12) O.L.G. Bd. 28 S. 196.

Begründung auch in allen den Fällen nicht Platz greifen, in denen eine Leistung noch nicht erfolgt, der Lohn noch geschuldet und der Maklervertrag noch in der Schwebe ist.

Ein gleiches muß auch Kisch[13] entgegengehalten werden. Dieser lehnt überhaupt eine Bedeutung von § 158 B.G.B. für den Makleranspruch darum ab, weil diese Vorschrift sich nicht auf dritte Personen, sondern nur auf das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander beziehe. Schafft jedoch erst die Vorschrift des § 158 B.G.B. die Geeignetheit eines auflösend bedingten Vertrages, für die Entstehung des Makleranspruches, so ergibt sich daraus, wenn auch nicht die unmittelbare Anwendung von § 158, so doch mittelbar seine oben dargelegte Bedeutung für den Makleranspruch.

Es wird weiter im Kommentar der Reichsgerichtsräte und sich an diesen inhaltlich anschließend bei Staub[14] eingewendet, daß es unbillig wäre, noch womöglich nach einer langen Reihe von Jahren den Maklerlohn zurückzufordern und daß dieses daher auch nicht der im Allgemeinen vorauszusetzenden Absicht der Parteien entspräche. Liegen diese Umstände vor, so ist die Richtigkeit dieser Auffassung für den einzelnen Teil zuzugeben. Sie kann jedoch eine grundsätzliche Entscheidung nicht rechtfertigen. Gewiß, es sind Fälle möglich, bei denen die auflösende Bedingung erst nach langen Jahren eintritt. Hier ist zu sagen, der Auftraggeber will die Nutzungen der gekauften Sache ziehen, darum erwirbt er sie und darum hat er den Makler beauftragt. Es ist für ihn nicht so wesentlich, daß er Eigentümer wird, als vielmehr der Inhalt des Eigentums, daß er mit der Sache nach Belieben verfahren kann und sich die Nutzungen der Sache, die Vorteile des getätigten Kaufes zuführt. Dies ist bezweckt; hat der Auftraggeber dieses lange Zeit tun können, so ist im wesentlichen sein Zweck erreicht, diese Wirkung der Nutznießung eingetreten. Fällt mit Bedingungseintritt das Eigentum an der Sache an den Veräußerer zurück, so doch nicht die in der Zwischenzeit gezogene Nutzung, die allein der Beweggrund für die beabsichtigte und erfolgte Vermögensverschiebung war. Hier erscheint es tatsächlich unbillig, dem Makler den Lohn zu versagen, bzw. die Rückforderung des geleisteten zuzulassen. Dieses Argument findet seine eigentliche Stütze aber auch erst in dem Wesen der Bedingung. Nur

13) Kisch a.a.O. S. 359.
14) Staub, Exkurs vor § 93 HGB. Anm. 30.

darum, weil die Bedingung, wie sich aus § 159 ergibt, grundsätzlich keine rückwirkende Kraft hat, sind die in der Zwischenzeit für den Auftraggeber eingetretenen Nutzungen und Vorteile ohne ausdrückliche dahingehende Parteivereinbarung eben nicht rückführbar. Diese Wirkungen bleiben eben trotz Bedingungseintritt bestehen, und somit auch der rechtliche Grund für den Makleranspruch dann, wenn diese Wirkungen im Vergleich zu den sonstigen beabsichtigten, die wesentlichen sind. Insoweit kann also der im Reichsgerichtsrätekommentar geäußerten Ansicht gefolgt werden. Es kann dies jedoch nur dann der Fall sein, wenn die auflösende Bedingung erst nach langer Zeit eintritt, da anderenfalls die in einer kurzen Zeit gezogenen Nutzungen im Vergleich zu den beabsichtigten Wirkungen nur unwesentlich ins Gewicht fallen werden. Eine Grenze, wann das eine oder das andere zutrifft, wird angesichts der hier möglichen, immer verschieden gearteten Fälle kaum zu ziehen sein. Und schon darum kann entgegen anderer Auffassung dieser Umstand zu einer grundsätzlichen Entscheidung nicht führen.

Im Uebrigen kann aber auch nicht zugegeben werden, daß die Fälle, in denen die auflösende Bedingung langbefristet ist, die Regel bilden. Denn daß eine derartige allgemeine in der Regel der Fälle zutreffende Entscheidung nicht auf dieser Grundlage aufgestellt werden kann, ergibt sich schon aus der Rechtsprechung. Bei weitem überwiegt die Zahl der Fälle, in denen das Gericht zu einer den Anspruch verneinenden Entscheidung gelangt ist.[15]

Vielmehr ist zu sagen, daß die Parteien grundsätzlich die Neigung haben werden, wenn sie schon gezwungen sind, überhaupt eine so unklare Rechtslage wie beim auflösend bedingten Rechtsgeschäft zu schaffen, nur eine möglichst kurz befristete derartige Rechtslage eintreten zu lassen.

Die Erwägung ferner des Reichsgerichtsrätekommentars, daß die Absicht der Parteien im Allgemeinen dahin gehen wird, dem Makler den Lohn auch für einen auflösend bedingten Vertrag zu zahlen und daß eine solche Absicht daher grundsätzlich voraussetzen ist, erscheint danach nicht stichhaltig. Denn ergibt sich im einzelnen Fall ein solcher Wille, so kann ein Zweifel bezüglich des Makleranspruches überhaupt nicht auftauchen. Ist dieser Wille aber aus den Umstän-

15) OLG. Bd. 14 S. 28; DJZ. 1904, S. 822; Seuff. Arch. Bd. 45 S. 31; Das Recht, 1906 S. 618; Bolze, Bd. 7 S. 186 Nr. 503.

den des Falls nicht zu entnehmen, so kann man die dann bestehende Rechtsfrage, ob ein auflösend bedingter Vertrag den Makleranspruch an sich rechtfertigt, nicht damit entscheiden, daß man einen billig erscheinenden Willen der Parteien unterstellt. Dies ist um so weniger dann zulässig, wenn zur Klärung dieser Frage im Gesetz selbst positive Vorschriften enthalten sind.

Die gegenteilige Meinung stützt sich auch auf ein Urteil des Kammergerichts,[16] dies jedoch mit Unrecht. Zwar findet sich hier der Hinweis auf die sich aus der Rechtslage ergebenden Absicht der Parteien, es ist aber nur ersichtlich, daß die Entscheidung des Gerichts eine solche Absicht der Parteien nur im gegebenen Falle annehmen will und diese nur aus den Umständen der zu entscheidenden Streitsache entnimmt; und tatsächlich wird das Bestehen des Anspruchs schließlich damit begründet, daß eine besondere Fälligkeitsabrede in dem Vertrag aufgenommen war, und in dieser hat das Gericht anscheinend nicht nur eine Bestimmung über die Fälligkeit, sondern auch nach Lage des Falles den Willen der Parteien enthalten gesehen, den Makler auch für den bedingten Vertrag zu entlohnen.

Die Berufung auf diesen Teil der Begründung ist für eine grundsätzliche Entscheidung daher nicht zulässig. Wenn das Gericht aber weiter ein argumentum e contrario zur Begründung seiner Entscheidung anführt, so genügt nunmehr der Hinweis auf die hierzu oben gemachten Ausführungen.

Aehnlich verhält es sich mit einer Entscheidung des Oberlandsgerichts Hamburg.[17] Zwar findet sich hier der Satz, daß das Gericht den Anspruch grundsätzlich und endgültig bejaht, doch wird er auch hier schließlich damit begründet, daß die hohen Gewinne, die die Auftraggeber während des Krieges erzielten, so groß seien, daß sie auch die Maklerprovision für derartige ungewisse Geschäfte tragen könnten. Diese Entscheidung ist danach hauptsächlich mit Rücksicht auf die verschiedenen Vermögens- und Interessenlage der Parteien gefällt. Da diese aber immer eine verschiedene ist, kann eine solche Entscheidung zur grundsätzlichen Klärung einer Rechtsfrage gleichfalls nicht in Betracht kommen. Im übrigen hat dasselbe Gericht[18] in einem anderen Falle eine grundsätzlich andere Meinung vertreten, und diese als die herrschende bezeichnet, eine Ab-

16) OLG. Bd. 22 S. 320.
17) OLG. Bd. 36 S. 267.
18) OLG. Bd. 34 S. 52.

weichung nur gebilligt, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls es befürworten.

Dieser Ansicht ist beizutreten. Es läßt sich eben eine grundsätzliche Entscheidung allein mit Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse nicht herbeiführen. Denn diese sind einem dauernden Wechsel unterworfen, und somit nicht geeignet, eine feste Unterlage für Rechtssicherheit und Bestand abzugeben.

Und ähnliches muß auch gegen die rein wirtschaftliche teleologische Betrachtungsweise von Reichel[19] gesagt werden. Richtig ist, daß diese in vielem dem Maklergeschäft seinen Inhalt gibt, und es ist auf sie auch ergänzend zurückzukommen. Doch wo das Gesetz bereits positive Normen und Rechtsbegriffe wie §§ 158 und 652 geschaffen hat, sind diese in erster Linie zu berücksichtigen und aus ihnen und dem Aufbau und dem System des Gesetzes eine Entscheidung zu gewinnen. Die Frage nach dem Zweck eines Geschäftes kann nie feststehende Begriffe und Rechtssätze beiseiteschieben. Erst in zweiter Linie, wo diese es gestalten, hat die Zweckbetrachtung ihre Bedeutung. Dann aber scheint Reichel hiermit eine so wesentlich neue Betrachtungsweise nicht gewonnen zu haben.

Denn wie ein jedes Schuldverhältnis so ist auch das durch den Maklervertrag begründete nur unter dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben zu bewerten. Die Berücksichtigung der aequitas forderte aber auch ohne Reichels Betrachtungsweise schon ein Eingehen auf den Zweck, auf das Wesen des Maklergeschäftes wie des zu vermittelnden Geschäftes. Und hieraus ergibt sich gleichfalls, daß soweit das Gesetz es gestattet, größtes Gewicht auf den schließlichen wirtschaftlichen Enderfolg zu legen ist.[20]

Danach ist zusammenfassend zu sagen: Ein auflösend bedingter Vertrag bringt den Makleranspruch zunächst zum Entstehen, weil die bezweckten Wirkungen eintreten. Weil diese aber nur bedingt eintreten, so erlischt mit ihrem Wegfall bei Bedingungseintritt auch der Makleranspruch. Er bleibt demnach bestehen, wenn trotz Bedingungseintritt der vom Auftraggeber erstrebte Zweck vermöge besonderer Umstände im wesentlichen erreicht wurde. Diese Ansicht wird auch von Enneccerus[21] und von Doerr vertreten. Danach bleibt der Anspruch erst recht

19) Reichel a.a.O. S. 30 ff.
20) Vgl. a. RG. in LZ. 1911, S. 547 u. JW. 1916 S. 1475 Nr. 3.
21) Enneccerus a.a.O. § 378, II 1 b S. 465, Doerr a.a.O. S. 620.

dann bestehen, wenn ein bedingter Vertrag nicht nur in diesem Sinne hinreichend ist, sondern den Auftraggeber sogar besser stellt, als ein unbedingter Vertrag. Diese Ansicht wird auch besonders von Heymann[22] vertreten, der jedenfalls in ähnlichem Falle, in dem der Auftraggeber eine Sache mit in diem addictio verkauft, dann zurücktritt und mit dem besseren Käufer abschließt, gleichfalls dem Makler den Anspruch gibt.

§ 6 a

Die Maklerprovision beim auflösend bedingten Grundstückkauf.

Hat der vermittelte Vertrag den Verkauf eines Grundstückes zum Gegenstande, so zeigen sich für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage eine Reihe von Besonderheiten. Denn in einem solchen Falle steht das vermittelte Geschäft nur zum Teil unter einer auflösenden Bedingung. Die Parteien können nämlich nur den obligatorischen Vertrag auflösend bedingt gestalten, das Erfüllungsgeschäft, die Eigentumsübertragung an einem Grundstücke müssen die Parteien gemäß § 925 Abs. 2 BGB. immer unbedingt vornehmen. Nun ist zwar gemäß § 652 BGB. für die Entstehung des Makleranspruches allein das Zustandekommen des Verpflichtungsvertrages wesentlich, die Frage der Abwicklung und Erfüllung des Geschäftes aber insofern unerheblich, als die Nichterfüllung eines gültigen und die Parteien endgültig bindenden Vertrages, des Makleranspruch unberührt läßt. Bezeichnet man aber einen bedingten Vertrag darum nicht als tauglich, weil die geplante Vermögensverschiebung nicht endgültig herbeigeführt wird, so scheint im Falle eines Grundstücksverkaufes dieser Grund insoweit wegzufallen, als der eigentliche Akt der Vermögensverschiebung, die Eigentumsübertragung ja unbedingt erfolgt. Man könnte daher dies als einen weiteren Grund ansehen, den Makler bei Vermittlung von bedingten Grundstücksverkäufen den Lohn von vornherein endgültig zuzusprechen.

Es kann zu dem auch zweifelhaft erscheinen, ob in einem solchen Falle überhaupt eine echte auflösende Bedingung vor-

22) Heymann a.a.O, S, 395, III,

liegt. Gewiß, der obligatorische Vertrag wird mit Bedingungseintritt hinfällig, Rechte und Pflichten des Käufers, wie des Verkäufers erlöschen selbsttätig, ohne daß es dazu noch der Vornahme einer Handlung oder Erklärung durch die Parteien bedarf. Dies sind Merkmale einer echten auflösenden Bedingung.

Da jedoch die Parteien die Eigentumsübertragung nur unbedingt vornehmen können, so können in Ansehung des dinglichen Geschäftes die Parteien auch nur eine mit Bedingungseintritt entstehende obligatorische Verpflichtung auf Rückübertragung des Eigentums begründen. Eine solche Rechtslage findet sich jedoch gerade bei dem Rücktrittsrecht, während der auflösenden Bedingung auch die dingliche Wirkung eigentümlich ist, daß nämlich auch die ursprüngliche Eigentumsverhältnisse mit Bedingungseintritt selbsttätig wieder in Kraft treten. Da nun nach herrschender Meinung die Verabredung eines Rücktrittsrechtes in dem vermäkelten Vertrage das Entstehen des Makleranspruches nicht hindert, weil der Rücktritt in das freie Belieben der Parteien gestellt ist, so könnte man hier aus diesem Grunde zu einer entsprechenden Entscheidung neigen. Jedoch zeigt gerade die Begründung für das Entstehen des Makleranspruches beim Rücktrittsrecht den Unterschied zu den hier behandelten Fall.

Denn das Rücktrittsrecht ist, wie schon der Name sagt, ein Recht, und die Ausübung eines solchen ist gemäß § 348 BGB. in die Macht und das freie Belieben des Berechtigten gestellt. Ein Rücktrittsrecht läßt sich jedoch in unserem Falle nur unter Bindung an eine bestimmte Voraussetzung, an den Eintritt des in Hypothese gesetzten Ereignisses denken. Auf den Eintritt dieser Voraussetzung haben aber die Parteien keinerlei Einfluß. Ist dies aber der Fall, so wird schon dadurch die Rechtslage in die Parteien zwingender Weise bestimmt. Die Unbestimmtheit haftet demnach auch hier dem Vertrage von vornherein zwingend an.

Die Bedingung zeitigt zwar hier etwas andere vom Grundsatz abweichende Wirkungen. Doch hat dieses seinen Grund lediglich in der rechtlichen Natur eines anderen Prinzips, das im einzelnen Fall stärkere Beachtung verlangt. Denn hier ist nur im Interesse der Grundbuchklarheit und Bestimmtheit der Grundbucheintragungen diese unmittelbare Wirkung des Eigentumsrückfalls nicht gegeben, sondern es wird mit Bedingungseintritt nur der Kausalvertrag unmittelbar hinfällig. Das

Grundbuch jedoch wird nicht unrichtig, indessen fällt der rechtliche Grund für die Eigentumsübertragung weg und es entsteht selbsttätig ein Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums aus Vertrag, zum mindestens aus ungerechtfertigter Bereicherung. Danach haben wir es auch in diesem Falle mit einer echten auflösenden Bedingung zu tun, da die dieser gerade wesentliche Eigenschaft vorhanden ist, daß nämlich die erstrebten Wirkungen selbsttätig erlöschen. Es muß daher auch hier an der grundsätzlich gefällten Entscheidung festgehalten werden, daß mit Bedingungseintritt der Makleranspruch grundsätzlich erlischt.

Es wird freilich zugegeben werden müssen, daß gerade bei Grundstücksverkäufen die Fälle häufiger sein werden in denen trotz Bedingungseintritt die erstrebten wirtschaftlichen Folgen bestehen bleiben, die der Auftraggeber in der Regel allein erstrebt hat. In diesen Fällen erscheint wie schon oben ausgeführt die Maklerprovision endgültig verdient.

Folgenden in diesem Sinne sehr lehrreichen Fall, der häufig praktisch wird, behandeln Reichel[1] und Kempas:[2]

„A. beauftragt M. mit dem Verkauf seines Grundstückes, das mit einem Vorkaufsrecht zu Gunsten des X. belastet ist. Durch Vermittlung des M. kommt mit B. ein notarieller Kaufvertrag zustande, der jedoch unter der auflösenden Bedingung steht, daß X. sein Verkaufsrecht nicht ausübt."

Kempas und Reichel wollen in diesem Falle dem Makler den Anspruch zusprechen, und zwar auch wenn der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausübt. Diese Entscheidung erscheint zutreffend. Es kann nämlich zunächst zweifelhaft erscheinen, ob überhaupt eine echte d. h. notwendige Bedingung vorliegt und nicht nur eine condicio juris, deren Verabredung ja insofern unbeachtlich wäre, als ihre Rechtsfolgen auch ohnedem kraft Gesetzes eintreten. Denn die Belastung eines Grundstückes mit einem Vorkaufsrecht ist ein Rechtsmangel im Sinne von §§ 434, 439 BGB. Der Käufer wird angesichts der Publizität des Grundbuches nur schwer beweisen können, daß er keine Kenntnis von diesem Mangel gehabt hat. Im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechtes wäre der Verkäufer zufolge § 439 BGB. dann auch enthaftet. Der Vertrag als solcher jedoch würde anders als bei Verabredung einer entsprechenden

1) Reichel, a.a.O., S. 73.
2) Kempas, S. 48.

auslösenden Bedingung zunächst bestehen bleiben, Käufer wäre zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, und müßte erst im Wege der Einrede die Verwirklichung dieses Anspruches hindern. Wenn also auch gewisse theoretische Unterschiede bestehen und auch hier eine echte auflösende Bedingung gegeben ist, so dürfte im wirtschaftlichen Endeffekte doch beide Fälle gleich zu bewerten sein. Dies gilt umsomehr als in Uebereinstimmung mit der von dem Reichsgericht geäußerten Ansicht,[3] bei Kenntnis des Käufers von dem Vorkaufsrecht des Dritten als Inhalt des Vertrages dann anzunehmen ist, daß der Verkauf nur unter der Bedingung erfolge, daß der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht ausübt.

Schon hieraus ergibt sich, daß bei Kenntnis des Käufers von diesem Rechtsmangel das Grundstück zweckmäßig gar nicht anders als bedingt verkauft werden kann. Es kann aber auch wenn man den Fall setzt, daß der Käufer den Rechtsmangel kennt, gar nicht zweckentsprechender verkauft werden. Denn der Auftraggeber hat den Makler mit dem Verkauf des Grundstückes beauftragt so wie es steht und liegt. Also mit der Belastung durch das Vorkaufsrecht des Dritten. Die Aufnahme der auflösenden Bedingung in den Vertrag erscheint somit nur als eine Rückwirkung der eigentümlichen Rechtsnatur der zu verkaufenden Sache. Diese war zweckentsprechend am besten nur in einem derartig bedingten Vertrage zu verkaufen. Ein Vertrag ohne diese Bedingung hätte den Auftraggeber bei Ausübung des Vorkaufsrechtes schadenersatzpflichtig gemacht. Dies war gewiß nicht beabsichtigt. Die erstrebte Vermögensverschiebung wäre zwar auch eingetreten, sie hätte sich aber nicht in gleicher Weise reibungslos vollzogen. Ihr Zweck wäre gerade zunichte gemacht worden. Denn der dabei zu erzielende Gewinn wäre durch einen evtl. auf §§ 440 I, 325, 326 BGB. gestützten Schadenersatzanspruch aufgezehrt worden.

Da somit der bedingte Vertrag im Interesse des Auftraggebers am günstigsten ist, ist der Makleranspruch als von vornherein endgültig entstanden zu bezeichnen. In diesen Fällen, aber auch nur dann, wenn das Interesse des Auftraggebers die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung erheischt, läßt sich mit der im Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 652 BGB. geäußerten Ansicht in der Regel annehmen, daß der Wille des Auftraggebers dahin gegangen ist, den Makler auch

3) R.G. in J.W. 1922, S. 576.

für den bedingten Vertrag zu entlohnen. Eine andere Entscheidung wäre in diesem Falle auch unbillig und durch nichts gerechtfertigt.

Der aufgestellte Satz, daß der Makleranspruch auch dann verdient ist, wenn trotz Bedingungseintritt der erstrebte Zweck im wesentlichen erreicht wird, läßt sich daher im einzelnen besonders dahin ergänzen, daß die Maklerprovision von vornherein endgültig verdient ist, wenn das Interesse des Auftraggebers selbst die Zufügung einer auflösenden Bedingung verlangt.

§ 6 b

Zweifelhaft erscheint die Rechtslage, im Falle die auflösende Bedingung in den nach § 313 BGB. erforderlichen notariellen Vertrag nicht aufgenommen ist. Der Wortlaut des Gesetzes spricht dafür, daß der Formzwang sich auch auf die auflösende Bedingung erstreckt. Denn wenn das Gesetz sagt, der Vertrag bedarf der Form, so bezeichnet es damit nicht die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, allein als formbedürftig, sondern den ganzen Vertrag der sich auf diese Verpflichtung bezieht und so weit er mit dieser nach dem Willen der Parteien zusammenhängt.[1] Die auflösende Bedingung bedarf daher auch der Beurkundung, andernfalls hat sie zufolge §§ 313, 125 BGB. keine Wirksamkeit.

Dies ist nur vereinzelt und nur zu Anfang der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches bestritten worden. So neigt Zeiler[2] grundsätzlich dazu, in der unrichtigen und auch unvollständigen notariellen Beurkundung des vereinbarten nur eine falsa demonstratio zu erblicken, die unschädlich sei. Dies kann soweit nicht zugegeben werden, als der Begriff der falsa demonstratio viel enger zu fassen ist, wenn in der Urkunde überhaupt ein Ausdruck vorhanden ist, über dessen Inhalt und Bedeutung die Parteien sich eine falsche Vorstellung gemacht haben. Dies liegt hier nicht vor.

Auch Danz[3] will in gewissen Fällen auch formlosen Abreden Geltung verleihen. Bei der Frage der Nichtbeurkundung eines Essentiale des Rechtsgeschäfts aber vertritt auch er grund-

1) RG. Bd. 52 S. 4, 5.
2) Zeiler a.a.O. S. 224 ff.
3) Danz bei Ihering a.a.O. S. 55.

sätzlich die Anschauung, daß ein solches der Form bedarf.[4] Als ein solches Essentiale bezeichnet er auch die Bedingung, und hierin ist ihm zu folgen. Denn die Bedingung ist ein solcher wesentlicher Bestandteil des Rechtsgeschäftes, weil sie, wie oben ausgeführt, die Abhängigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes von einem ungewissen Ereignis bedeutet. Daher muß sie auch dem Formzwange des § 313 des BGB. unterliegen, wenn anders diese Vorschritt nicht bedeutungslos gemacht werden würde.[5]

Die Nichtbeurkundung hat also die Unwirksamkeit der auflösenden Bedingung zur Folge und diese führt auch die Unwirksamkeit des ganzen Vertrages herbei. Dies ergibt sich unmittelaus dem Zweck des Gesetzes. Denn dieser wäre in sein gerades Gegenteil verkehrt wollte man den beurkundeten Teil des Vertrages allein für rechtswirksam erklären. Denn die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung dient immer dem Interessenschutz einer der Vertragsparteien. Die Aufrechterhaltung des Vertrages ohne Klausel würde demnach zur Folge haben, daß gerade der dem Schutze der Partei dienenden Klausel durch die den gleichen Zweck verfolgende Vorschrift des § 313 BGB. die Rechtswirksamkeit entzogen würde, und die Partei durch den übirgen wirksamen, beurkundeten Teil des Geschäftes gerade in unvorteilhafter Weise verpflichtet wäre. Dies ist das Gegenteil von dem, was der Gesetzgeber beabsichtigt hat. Das ganze Geschäft ist daher nichtig.

Ein gleiches Ergebnis folgt aus dem Wesen der bedingten Willenserklärung. Denn nach der oben vertretenen Theorie von der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts und des in diesem enthaltenen einheitlichen besonders gearteten Willens ergibt sich, daß ein Rechtsgeschäft, das sich trennen läßt, und von dem ein Teil gültig, der andere ungültig sein könnte, garnicht vorhanden ist. Ist also nur ein Teil der Willenserklärung beurkundet, so bedeutet das, daß nur ein Teil des Willens der Parteien zum Ausdruck gekommen ist. Denn nur einer rechtswirksamen Kundgebung des Willens mißt das Gesetz überhaupt rechtliche Bedeutung zu. Eine unvollständige Bekundung des Willens ist danach nicht im Stande, ein Geschäft von der rechtlichen Struktur in der Art, wie sie gewollt war, hervorzubringen. Ein solches ist demnach nicht vorhanden, ein ande-

4) Danz Auslegung S. 133.
5) Warn. Rspr. 1915 Nr. 257 S. 394.

res Geschäft aber nicht gewollt und kann daher auch nicht entstehen.[6] Danach erscheint eine Anwendung von § 139 BGB. nicht notwendig und auch nicht zulässig. Denn die Anwendung dieser Vorschrift setzt voraus, daß nach Abzug des nichtigen Teils immer noch ein Rechtsgeschäft übrig bleibt, das die wesentlichen Merkmale und Essentialia der von den Parteien gewollten Art eines Rechtsgeschäftes aufweist. Und diese Voraussetzung ist beim bedingten Rechtsgeschäft grundsätzlich nicht gegeben. Die ganze Vereinbarung ist daher nichtig.

Eine solche erscheint auch nicht geeignet, den Makleranspruch zum Entstehen zu bringen. Denn diese ist eben wegen ihrer mangelnden Rechtsverbindlichkeit kein taugliches Mittel, die erstrebte Vermögensverschiebung herbeizuführen.

Von dieser einhelligen Meinung von Wissenschaft und Rechtsprechung wollen nur Reichel und Kempas[7] eine Ausnahme in gewissen Fällen machen, und auch das Oberlandsgericht Naumburg[8] scheint in einem Falle eine abweichende Meinung zu vertreten. Das Oberlandesgericht will in einem dem obigen Beispiele ähnlichen Falle, in dem eine auflösende Bedingung nicht beurkundet und infolgedessen die Nichtigkeit des ganzen Vertrages eintrat, die Maklerprovision gewähren. Denn nach der Meinung des Gerichts verstöße es gegen Treu und Glauben, hier den Makleranspruch zu versagen. Es kann zwar auch gesagt werden, der Makler habe seine Pflicht voll erfüllt, er habe einen ernsthaften Käufer dem Auftraggeber zugeführt. Es war schließlich auch eine vollkommene Einigung bezüglich des Kaufes sowie sämtlicher Bedingungen erzielt. Wenn die Parteien aus Rechtsirrtum die Rechtsgültigkeit dieser Einigung hindern, indem sie die auuflösende Bedingung nicht beurkunden, so sei das ein Umstand, den die Parteien selbst und insbesondere der Auftraggeber vertreten hätte. Den Makler, der eine zweckentsprechende Tätigkeit entfaltet und alles getan und erreicht habe, was in seiner Macht stand, könne dieser Umstand nicht entgegengehalten werden. Es sei daher unbillig, hier dem Makler für seine Mühewaltung und seine Unkosten eine Entschädigung nicht zu gewähren.

Eine solche Auffassung würde nicht einer gewissen Billigkeit entbehren, sie ist jedoch mit der ausdrücklichen Bestim-

6) André, Seite 24, 26.
7) Reichel a.a.O.; Kempas, Seite 51.
8) OLG. Naumburg 12, 89.

mung des § 652 nicht vereinbar. Die Bestimmung, daß der Maklerlohn nur bei Zustandekommen des Vertrages geschuldet ist, kann man mit einem bloßen Hinweis auf Treu und Glauben nicht umgehen und da bei anderer Ansicht eine klare und festbestimmte Grenze in keiner Richtung zu ziehen ist, würde eine solche Auffassung nur zur Herbeiführung von Rechtsunsicherheit führen. Sie würde auch dem Wesen des Maklergeschäfts widersprechen, das nicht Selbstzweck ist, sondern der Herbeiführung möglichst günstiger dritter Geschäfte dient. Dies würde aber gerade vereitelt werden, wollte man den Auftraggeber schon vor Zustandekommen des Vertrages zur Zahlung verpflichten. Eine solche Verpflichtung würde aber bei der im allgemeinen hohen Provision des Maklers auf den Auftraggeber einen starken Druck ausüben, das Geschäft auf jeden Fall, wenn auch wenig vorteilhaft abzuschließen, um nicht gerade die Provision dem Makler für ein Nichts zahlen zu müssen. Die verhältnismäßige Höhe des Maklerlohns im einzelnen Fall rechtfertigt auch, daß der Makler hiernach oft leer ausgehen wird und auch einen Ersatz seiner Auslagen zufolge § 652, Abs. 2 BGB. nicht verlangen kann. Eine andere Entscheidung würde auch eine starke Einschränkung der Freiheit des Auftraggebers bedeuten. Diese gerade aber zu erhalten, ist der Zweck der Vorschrift § 652 BGB.

Wenn man aber auch in dem Zustandekommen des Vertrages eine Bedingung für das Entstehen des Makleranspruchs, wenn auch nicht eine echte, sieht, so erscheint trotzdem eine auch nur entsprechende Anwendung von § 162 BGB. von vornherein aus den gleichen Gründen wie vorher nicht zulässig. Denn ist der Auftraggeber grundsätzlich frei in seiner Entschließung, so kann es eben auch nie dolos sein, wenn er einen ihm nicht genehmen Vertrag nicht acceptiert, bezw. seine Wirksamkeit im Sinne von § 652 BGB. durch Erfüllung einer formnichtigen Vereinbarung nicht herbeiführt, vielmehr sich auf die Nichtigkeit der Vereinbarung dem Malker gegenüber beruft. Ein arglistiges Handeln ist nur dann denkbar, wenn der Auftraggeber absichtlich nur um den Makler zu schädigen, diesen zu einer Tätigkeit und zu Ausgaben veranlaßt. Dann ist er jedoch nicht aus § 652 BGB., sondern aus § 826 BGB. verhaftet.

Reichel will jedoch dann, wenn trotz Unverbindlichkeit des Vertrages der weiterliegende Endzweck erreicht ist, den

Makleranspruch gewähren, und zwar auch in einem Falle, in dem auch das vermittelnde Geschäft mit dem vom Makler herbeigeführten Käufer nichtig war, ein Dritter daraufhin das ihm zustehende Vorkaufsrecht an der Sache ausübte.[9] Auch Kempas schließt sich in einem solchen Falle, in dem zu dem noch die Auflassung des verkauften Grundstückh an den Vorkaufsberechtigten erfolgte, der Auffassung Reichels an und beruft sich hierbei auf die Rechtsprechung, nach der bei Beantwortung der Frage, ob der bei Abschluß des Maklervertrages in Aussicht genommene Vertrag zustande gekommen ist, das Schwergewicht weniger auf die juristische Form als auf den wirtschaftlichen Erfolg zu legen sei.[10]

Dieser Standpunkt der Rechtsprechung ist nun durchaus zu billigen, mit Unrecht zieht Kempas hieraus jedoch den Schluß, daß auch bei formnichtigen Verträgen der Makleranspruch verdient ist, wenn eben nur aus anderen Gründen der wirtschaftliche Erfolg eingetreten ist. Denn in diesen Fällen fehlt es an der notwendigen in § 652 BGB. geforderten rechtlichen Beziehung zwischen der Tätigkeit des Maklers und dem schließlichen wirtschaftlichen Enderfolg. Es muß zwar in dem von Kempas erwähnten Falle zugegeben werden, daß die Tätigkeit des Maklers doch von gewisser Bedeutung für das Eintreten der schließlichen Vermögensverschiebung geworden ist. Denn die von dem Makler herbeigeführten Verhandlungen mit einem Käufer dürften auch als generell bezeichnet werden können, auf einen Dritten, den Vorkaufsberechtigten, bestimmenden Einfluß in der Richtung seines Kaufentschlusses auszuüben. Wenn jedoch das Gesetz sagt, der Lohn ist verdient, wenn der Vertrag zustande kommt, so ist darin auch ein subjektives Moment enthalten. In gleicher Weise, wie es grundsätzlich nicht genügt, daß jemand einen Schaden verursacht hat, es vielmehr erforderlich ist, daß ihm dies auch außerdem als Verschulden zugerechnet werden kann, so muß hier der schließliche Erfolg dem Makler auch als Verdienst angerechnet werden können. „Neben den Schuldgedanken tritt völlig gleichberechtigt der Verdienstgedanke".[11] Dies ergibt sich hier besonders daraus, daß das Gesetz anders wie sonst den Ausdruck „Lohn" gebraucht. Denn in diesem Ausdruck liegt immer

9) Reichel a.a.O. S. 29, 33.
10) Vgl. RG. in LZ. 1911, Seite 547; OLG. 8, Seite 76.
11) Reiches a.a.O. Seite 128 ff.

auch ein gewisses Verdienstlichkeitsmoment enthalten. Wenn Reichel freilich ohne Grund den Kausalitätsgedanken hier vollkommen ausschalten will, so kann ihm so weit nicht gefolgt werden.

Bei der Frage der Verdienstlichkeit ergeben sich hier Bedenken. Denn bereits vor der Beauftragung des Maklers war ja der Vorkaufsberechtigte in Kaufsverhandlungen mit dem Auftraggeber getreten, die zu einem Vorkaufe, also schon zur Begründung einer wenn auch nur bedingten Verpflichtung führten. Gewiß hat nun der Makler eine ursächliche Bedingung für die Endgültigkeit dieser Verpflichtung gesetzt. Sie kann jedoch im Hinblick auf das Wesen der Maklertätigkeit nicht als eine für diese maßgebliche bezeichnet werden. Und als Verdienst kann dem Makler eine geringfügige nicht in der Weise angerechnet werden, daß sie den Makleranspruch rechtfertigt, denn das Wesentliche der Maklertätigkeit ist einmal das Zuführen eines neuen Käufers und sodann die Vermittelung des zustandegekommenen Vertrages. In dem hier vorliegenden zweiten Falle ergeben sich aber Bedenken. Denn der Begriff „vermitteln" setzt immer eine psychologische Einwirkung auf den Kauflustigen voraus, und zwar nicht eine mittelbare, diese wäre freilich hier vorhanden, sondern eine unmittelbare. Es ist danach unbedingt irgend ein persönliches Verhandeln und Einwirken auf den Kauflustigen erforderlich. An dieser Voraussetzung fehlt es jedoch insoweit, als das Entstehen des Makleranspruches mit dem Zustandekommen des endgültigen Kaufvertrages mit dem Vorkaufsberechtigten begründet wird.

Auch der Umstand, daß die Auflassung an den Vorkaufsberechtigten erfolgt, rechtfertigt auch nicht unter Berücksichtigung der nach § 313 Abs. 2 B.G.B. zulässigen Heilungsmöglichkeit eines formnichtigen Vertrages den Makleranspruch. Denn die Vorschrift des § 313, Satz 2 hat ihren Grund in der Erwägung, daß es unpraktisch und unzweckmäßig wäre, an der Nichtigkeit eines Vertrages festzuhalten, den die Parteien bereits erfüllt haben. Hieran kann der Gesetzgeber sie ja doch nicht hindern, und wenn die Parteien durch die Erfüllung zeigen, daß sie trotzdem an dem Vereinbarten festhalten wollen, entfällt auch der Grund der Formvorschrift, die Parteien vor Uebereilung zu schützen. Das Gesagte gilt jedoch nur für das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien. Nur wenn diese zwecks Erfüllung ihrer Vereinbarung Auflassung und Ein-

tragung vornehmen, kann diesem Erfüllungsgeschäfte heilende Wirkung für das Kausalgeschäft zuerkannt werden. Daß hiernach die Auflassung gerade und nur an den Erstkäufer erfolgen muß, ist nicht erforderlich. Denn auch im Falle dieser das Grundstück vor der Auflassung schon einem Dritten weiterverkauft, findet sich die gleiche Rechtslage, wenn der Verkäufer in Erfüllung der Vereinbarung mit dem Erstkäufer die Auflassung und Eintragung an den Dritten bewirkt.[12] Denn damit beweist er, auch in diesem Falle, daß er an der getroffenen formnichtigen Vereinbarung mit seinem Vertragsgegner festhalten will. Anders jedoch verhält es sich in dem von Kempas erwähnten Falle. Die Parteien halten dort gerade an der Abrede fest, daß der Vertrag hinfällig sein soll, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausübt. Hiernach kann nicht gesagt werden, daß der Verkäufer zwecks Erfüllung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an den vom Makler herbeigeführten Erstkäufer das Grundstück an den Vorkaufsberechtigten auflßt. Der Auflassung ist somit hier die heilende Kraft versagt. Der Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Erstkäufer ist und bleibt nichtig.

Es muß daher auch daran festgehalten werden, daß ein nichtiger Vertrag nie den Makleranspruch rechtfertigen kann.

12) RG. 71, 402; 82, 346.

Lebenslauf.

Am 11. März 1904 wurde ich in Allenstein als Sohn des Kaufmanns Ernst Gehrke und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Ogonowski, geboren. Ich besuchte mit einer Unterbrechung während des Russeneinfalls das Gymnasium meiner Heimatstadt und erhielt Ostern 1924 das Reifezeugnis. Sodann besuchte ich zunächst die Handelshochschule in Königsberg Pr., studierte dann in Königsberg Pr., Berlin und Breslau die Rechtswissenschaften. Am 11. Dez. 1928 bestand ich in Breslau die I. juristische Staatsprüfung und bin seitdem im Bezirk des Oberlandesgerichts Königsberg Pr. im Ausbildungsdienst beschäftigt.